Vermögensnotwehr und Selbsthilfe.
(Versuch einer Grenzziehung.)

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Würde eines Doktors der Rechte

der

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Vereinigten Friedrichs-Universität Halle-Wittenberg

vorgelegt von

Walter Kühn
Referendar in Berlin.

Berichterstatter: Professor Dr. Boehmer.

Halle-Saale
1925

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Gliederung.

Seite

§ 1. Einleitung . . . . . 9—11

I. Abschnitt. Notwehr und absolute Rechte . . . . . 12—23

A. Notwehr und Besitz . . . . . 12—19

§ 2. Der unmittelbare Besitz . . . . . 12—17

§ 3. Der mittelbare Besitz . . . . . 17—19

B. Die einzelnen absoluten Rechte . . . . . 19—24

§ 4. a) Sachenrechte, insbesondere Eigentum . . . 19—22

b) Immaterialgüterrechte 23

II. Abschnitt. Notwehr und relative Rechte . . . . . 24—52

§ 5. Bedeutung der Abgrenzung von Notwehr und Selbsthilfe . . . . . 24—28

§ 6. Notwehr und Unterlassungspflicht im allgemeinen 29—30

§ 7. Der sogenannte Unterlassungsanspruch aus absolutem Recht . . . . . 30—40

a) Herrschende Lehre . . . . . 30—32

b) Kritik und eigene Auffassung . . . . . 32—40

§§ 8—10. Der Unterlassungsanspruch aus relativem Recht . . . . . 40—52

§ 8. Die negative Obligation . . . . . 40—47

§ 9. Die positive Obligation (Sekundäre Unterlassungspflicht) . . . . . 48—50

§ 10. Relative Selbstverwirklichungsrechte . . . . 50—52

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41534918_0334

Literaturverzeichnis.

v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht. Bd. 3. 1909.

Baumgarten, Notstand und Notwehr. 1911.

Biermann, Kommentar zum Sachenrecht. 3. Aufl. 1914.

v. Blume, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage. Festgabe für Güterbock. 1910.

Boehmer, Der Erfüllungswille. 1910. (Fischers Abhandlungen 20, 1.)

Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 7. Aufl. 1922.

Crome, System des deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1. 1900.

Dernburg-(Raape), Das bürgerliche Recht. Bd. II, 2. 4. Aufl. 1915.

Eltzbacher, Das Anwendungsgebiet der Notwehr. — Deutsche Juristenzeitung. Bd. 10, S. 239.

— Die Unterlassungsklage. 1906.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. 1, 9. Aufl. 1906.

Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I, 1. 18.—21. Aufl. 1923. I, 2. 18.—22. Aufl. 1922.

v. Ferneck, Die Rechtswidrigkeit. Bd. 1. 1903.

H. A. Fischer, Die Rechtswidrigkeit. 1911.

O. Fischer, Recht und Rechtsschutz. 1889.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, Handausgabe, 12. Aufl. 1923.

Frank, Strafgesetzbuch 15 Aufl. 1924.

Gaupp-Stein, Zivilprozeßordnung. 10. Aufl. 1910.
v. Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. 1. 1895.
— do. Bd. 3. 1917.
Hartmann, Die Obligation. 1875.
Hellwig, Anspruch und Klagrecht. 1900.
— System des Deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. 1, 1912.
Heyer, Die Selbsthilfe. Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 19, S. 38—113.
Hoelder, Kommentar zum Allgemeinen Teil. 1900.
Kipp, Über den Begriff der Rechtsverletzung. (Berliner Festgabe für v. Gierke. 1910, Bd. 2.)
— siehe auch unter Windscheid.
Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1. 1906.
Langheineken, Anspruch und Einrede. 1903.
Lehmann, Die Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht. 1906. (Fischers Abhandlungen. 15, 1.)
Neubecker, Zur Lehre von der Notwehr. — Deutsche Juristenzeitung Bd. 10, S. 146—151.
Oertmann, Kommentar zum Allgemeinen Teil, 2. Aufl. 1908.
Oetker, Notwehr und Notstand. (Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, Bd. 2. 1908.)
Olshausen, Strafgesetzbuch, 10. Aufl. 1916.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl.
— Allgemeiner Teil. 1913.
— -Siber, Schuldverhältnisse (Allgemeiner Teil). 1914.
— Brodmann, Sachenrecht. 1919.
Reichsgerichtsräte, Kommentar von —
Bd. 1, 5. Aufl. 1923.
Bd. 2, 5. Aufl. 1923.
Rosenberg, Kommentar zum Sachenrecht. 1919.
Schleifenbaum, Begriff und Bedeutung des gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs in BGB. § 227. 1904.
Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht. 1903.

Siber, siehe auch unter Planck.
Staudinger-Riezler, Kommentar zum BGB., Allgemeiner Teil, 7. und 8. Aufl. 1912.
Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht. 1878.
v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, I. 1910. II, 2. 1918.
Titze, Die Notstandsrechte im Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. 1897.
Warneyer, Kommentar zum BGB., I. 1923.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch der Pandekten. Bd. I, 9. Aufl. 1906.
M. Wolff, Das Sachenrecht. 15.—19. Aufl. 1923.
Zitelmann, Das Recht des BGB. Allgemeiner Teil. 1900.
— Internationales Privatrecht. Bd. II, 1912.

Dissertationen.

Bruns, Voraussetzungen und Umfang erlaubter Selbsthilfe. Jena 1914.
Jaeger, Anwendungsgebiet der Notwehr. Heidelberg 1906.
Lampson, Beitrag zur Feststellung des Notwehrgebietes. Jena 1906.
Pfeifer, Anwendungsgebiet der Notwehr. Rostock 1906.
Richard, Selbsthilferecht des Vermieters usw. Straßburg 1911.

§ 1.

Einleitung.

Es ist bekannt, daß in unserem Recht der Grundsatz, daß der Rechtsschutz des Einzelnen Aufgabe des Staates ist, an einzelnen Stellen zugunsten einer „eigenmächtigen Rechtsausübung“[1]) durch Selbstschutz durchbrochen wird, die in zwei verschiedenen Formen auftritt, als Notwehr und als Selbsthilfe.

Während das Anwendungsgebiet der Selbsthilfe (BGB. § 229) dadurch von vornherein ziemlich klar umgrenzt ist, daß sie der Vereitelung einer Anspruchsverwirklichung begegnen will, ist das der Notwehr, dessen Untersuchung die folgende Abhandlung dient, bei der Definition des Gesetzes (BGB. § 227) einigermaßen problematisch. Diese Problematik besteht allerdings weniger bei der sogen. Personennotwehr, bei der es sich um Angriffe auf Leib und Leben, auf Freiheit und Ehre handelt, und die deshalb im folgenden zurückgestellt werden soll, also auf vermögensrechtlichem Gebiete. Denn hier fragt es sich zunächst, ob Notwehr nicht überhaupt nur zum Schutz der Integrität der Person zulässig ist, sodann wie, falls man diese erste Frage verneint, die Grenzen des Notwehrgebietes zu ziehen sind, insbesondere gegenüber der Selbsthilfe. Trotz der scharfen begrifflichen Gegensätzlichkeit, in die man Notwehr und Selbsthilfe zu stellen pflegt,[2]) indem man die Notwehr als die defensive Maßnahme, die dem Schutz des Bestehenden,

1) Cosack § 125.
2) Vgl. z. B. v. Tuhr II, 2, § 95, I.

der Aufrechterhaltung des vorhandenen Standes gegenüber dem Versuche rechtswidriger Änderung dient, bezeichnet, die Selbsthilfe dagegen als offensive Eigenmacht, als eine dem Selbsthilfeübenden günstige Änderung des Bestehenden, die der Vereitelung einer Anspruchsverwirklichung, also eines von der Zukunft erwarteten günstigen Erfolges, begegnet, ergeben sich dann doch „Gebiete, auf denen es nicht leicht ist, die Notwehr von der Selbsthilfe zu scheiden".[1]) Sie werden allerdings von der Literatur wenig beachtet.[2])

Das erscheint auffällig, ist bei näherem Zusehen aber nicht so verwunderlich. Denn die eben wiedergegebene übliche Formulierung der Unterscheidung von Notwehr und Selbsthilfe ist zwar richtig, hat aber bei der praktischen Anwendung wegen ihres formalen Charakters, wegen der Relativität der Begriffe „Angriff" und „Verteidigung" auf diesem Gebiete nur begrenzten Wert. Denn auch die Selbsthilfe unseres Gesetzes ist ja nie der frivole, durch nichts gerechtfertigte plötzliche Eingriff in fremde Rechtssphären, sie ist oft genug Gegenangriff, repressive Maßnahme zur Änderung eines durch einen beendeten rechtswidrigen Angriff geschaffenen Zustandes oder Präventivmaßnahme gegenüber der noch nicht begonnenen, aber drohenden Rechtsvereitelung, der gegenüber sich der Angriff als die beste Parade erweist. Gegenangriff und Verteidigung aber sind schwer zu scheiden.[3]) Der Übergang ist gut zu beobachten in BGB. § 859. Daß der Besitzer sich verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren darf (Abs. 1), ist sicher Notwehr; daß er nach beendetem Angriff die ihm weggenommene Sache dem auf frischer Tat Betroffenen oder verfolgten Täter wieder abnehmen darf (Abs. 2, vgl. auch Abs. 3), wird allgemein als Selbsthilferecht,[4]) von Kohler[5]) dagegen

1) Baumgarten, Notstand und Notwehr S. 121.

2) Gelegentlich wird die Notwehr sogar als Fall der Selbsthilfe bezeichnet. (v. Tuhr II, 2, § 95, Anm. 31.)

3) v. Ferneck, Die Rechtswidrigkeit II, S. 122.

4) M. Wolff § 18 II, Titze S. 79.

5) Lehrbuch § 69 VI, 1.

auch als Notwehrrecht bezeichnet. — Den formalen Charakter der Begriffe „Angriff“ und „Verteidigung“ veranschaulichen auch die Schulfälle der sogenannten provozierten Notwehr: jemand reizt einen anderen durch Stichelreden so lange, bis ihn dieser tätlich angreift, um ihn dann in Notwehr niederschießen zu können.

I. Abschnitt.

Notwehr und absolute Rechte.

A. Notwehr und Besitz.

§ 2.

Der unmittelbare Besitz.

Es empfiehlt sich aus einem bestimmten Grunde, die Untersuchung über die Wehrfähigkeit der sogenannten [absoluten Rechte, der auf Selbstverwirklichung gerichteten Darfrechte mit einer Erörterung des Verhältnisses von Notwehr und Besitz zu beginnen.

In neuerer Zeit wird nämlich von einzelnen namhaften Schriftstellern die Auffassung vertreten, eine Vermögensnotwehr sei allein zum Schutze des unmittelbaren Besitzes zulässig.[1]) Dies wenigstens ist der Grundgedanke, der allerdings wieder in verschiedenen Formen zum Ausdruck gebracht wird. Es bedeutet keinen wesentlichen Unterschied,[2]) ob man ihn so formuliert, daß § 227 nur die Personennotwehr regele, § 859 Abs. 1 dagegen als einzige Form der Vermögensnotwehr die Besitzwehr,[3]) oder ob man § 859 I neben § 227 für überflüssig erklärt,[4]) weil er ausspreche, was sich schon aus § 227 ergebe, eine andere Form der Vermögensnotwehr als die Besitzwehr aber nicht für möglich hält.

---

1) Titze S. 77. v. Tuhr II, 2 § 95. Neubecker D. J. Z. X, S. 147 ff. v. Bar, Gesetz mit Schuld III, S. 148.

2) Nur für die Nothilfe; s. unten S. 16—17.

3) Neubecker a. a. O., S. 150, 151.

4) Titze S. 75.

Man behauptet, ein Angriff auf das Vermögen sei „nur insoweit denkbar, als dieses selbst eine für die Außenwelt sichtbare und greifbare Gestalt angenommen habe." Da dies nur in der Form des Besitzes geschehe, sei Vermögensnotwehr nur als Besitzwehr zulässig. Für solche Auffassung spreche schon der Wortlaut des Gesetzes, da man unter einem Angriff auf jemanden niemals einen Eingriff in irgendein mit dem Träger nur durch rechtliche, nicht aber durch tatsächliche Beziehungen verbundenes Rechtsgut zu verstehen geneigt sei. Nur in solchen Fällen könne Notwehr praktisch werden, da der Inhaber des Gutes nur beim Vorliegen einer äußeren räumlichen Beziehung in der Lage sei, einen Angriff auf das Gut sofort abzuwehren.

Es muß zugegeben werden, daß diese Lehre jedenfalls den Vorzug aufweist, daß sie eine scharfe Begrenzung des Notwehrgebietes ermöglicht. Sie verneint die Wehrfähigkeit von Rechten, seien sie absoluter oder relativer Natur. Notwehr ist danach nur möglich, soweit Besitz zu ihnen hinzutritt, soweit es sich um „verwirklichte Rechte"[1]) handelt. Wäre sie richtig, so wäre damit eine einfache Formel gefunden, die weitere Untersuchungen überflüssig machte. Ihre Prüfung erscheint danach unumgänglich.

Es ist vor allem wohl ein psychologisches Bedenken, daß diese Schriftsteller zu der in der Forderung einer in den äußeren Umständen liegenden Legitimation geschaffenen Beschränkung der Notwehr veranlaßt hat, das Bedenken nämlich, daß der Notwehrübende im Augenblick der Notwehrhandlung Partei, Richter und Vollstrecker in einer Person ist, und dies dazu in einer durch den Angriff stets mehr oder weniger erregten Gemütsstimmung. Die erwähnten Schriftsteller haben die entschiedene Tendenz, den Grundsatz, daß der Staat Bekämpfer des Unrechts und Richter in Streitigkeiten ist, solange als möglich aufrecht zu erhalten und die Notwehr nicht zu einem allgemeinen Mittel privater

1) Neubecker, DJZ. 10, S. 146 f.

Rechtsverwirklichung werden zu lassen, um so mehr als bei der Notwehr ja das Korrektiv, das im Selbsthilferecht regelmäßig in der Notwendigkeit der staatlichen Legalisierung des Selbsthilfeaktes gegeben ist, fehlt.

In diesem Zusammenhang darf eine allgemeinere Bemerkung gemacht werden. Bei der Stellungnahme zu dem Problem spricht ein Element mit, das jenseits der Mittel privatrechtlicher Methodik liegt, nämlich die staatsphilosophische oder — wenn man so will — politische Einstellung dessen, der den Lösungsversuch unternimmt, zu dem Problem des Verhältnisses von Staat und einzelnem. Ein ausgesprochener Liberalismus wird in dem Notwehrrecht ein begrüßenswertes Residuum der erst durch den Staat allmählich begrenzten ursprünglichen schrankenlosen Eigenmacht des einzelnen sehen.[1]) Er wird mit Genugtuung feststellen, daß selbst der Staat hier vor der Abwehr als dem „Urrecht", „die dem Rechte innewohnende und nicht zu unterdrückende Tendenz, das Objekt des Rechts gegen jede nicht berechtigte Verletzung zu schützen", Halt machen muß.[2]) Ihm ist das Notwehrrecht „non scripta, sed nata lex, quam ..... ex natura ipsa arripuimus hausimus expressimus, ad quam non docti sed facti ..... sumus".[3]) Für die entgegengesetzte Auffassung dagegen besteht auch das Notwehrrecht nur kraft staatlicher Delegation. Für sie hat die Notwehrhandlung, auch wenn sie durch den einzelnen zum Schutze seiner privaten Interessen erfolgt, doch einen publizistischen Einschlag Aber dieses Recht des einzelnen ist für sie doch nur notwendiges Übel. Der Staat duldet, daß der Untertan tut, was des Staates ist. Man ist höchst mißtrauisch, ob der einzelne des Staates Würde, die mit dem Notwehrrecht in seine Hand gegeben ist, auch wohl zu wahren wisse. Es ist kein Zufall, daß man gerade

1) Schiller, Wilhelm Tell:
Der alte Urstand der Natur kehrt wieder,
Wo Mensch dem Menschen gegenübersteht.

2) v. Bar, Gesetz und Schuld III, S. 140.

3) Cicero pro Milone cap. 4.

zur Zeit des Polizeistaates der Notwehr so außerordentlich enge Grenzen zog, und daß v. Ihering gegen diese Beschränkung der Notwehr als „einen Abgrund von Verkommenheit des Persönlichkeitsgefühls, von Unmännlichkeit und gänzlicher Entartung des Rechtsgefühls“ einen so leidenschaftlichen Kampf führen mußte.[1])

Es ist klar, daß man von so verschiedenen Grundanschauungen ausgehend die Grenze der Notwehr verschieden zu ziehen bereit sein wird, andererseits aber auch, daß es sich hier verbietet, in dem einen oder anderen Sinne Partei zu ergreifen und damit zu einer gewissen Einseitigkeit der Ergebnisse zu kommen. Es kann hier nur eine zwischen Bedürfnissen des Staates und des einzelnen vermittelnde Richtung zugrunde gelegt werden; immerhin erscheint es angebracht, auf diesen Gesichtspunkt hinzuweisen.

Prüft man nun die eigentlich juristischen Argumente der erwähnten Lehre, so erscheint als erstes die Berufung auf den Wortlaut des Gesetzes und Sprachgebrauch. Ist nun die Berufung auf den bloßen Wortlaut für sich allein oft ein bedenkliches Mittel der Auslegung, so kann doch nicht zugegeben werden, daß hier daraus die Beschränkung der Notwehr auf die Besitzsphäre des Angegriffenen zu folgern sei. Gewiß, „Angriff“ kommt von „Angreifen“. Daraus zu schließen, Gegenstand des Angriffs könne nur sein, was sich angreifen (= anfassen) lasse, würde eine völlige Verkennung des Wesens sprachlicher Entwicklung bedeuten. Niemand leugnet doch, daß auch die Ehre einer Person angegriffen werden kann, und daß dagegen Notwehr möglich ist, trotzdem sie in der Welt der Tatsachen nicht sinnlich wahrnehmbar vorhanden ist. Ebenso folgt aus dem ganz generellen Wort „sich“ nichts für eine Beschränkung auf die Person. Ja, man kann die Wendung „von sich oder einem anderen“ überhaupt so auffassen, daß damit ausgesprochen sei, daß Identität des Handelnden und der durch den An-

1) Kampf ums Recht S. 84ff.

griff bedrohten Person nicht zu bestehen brauche.[1]) — Ernster ist ein anderes Argument zu nehmen. Daraus, daß § 860 im Gegensatz zu § 227, der jedem Dritten die Nothilfe gestattet, auch wenn er zu dem Angegriffenen in keinem rechtlichen Verhältnis steht, dem Besitzdiener das Recht der Verteidigung des Besitzes gegen verbotene Eigenmacht verleihe, müsse geschlossen werden, daß die Verteidigung des Besitzes nur dem Besitzer und dem im Gesetz ausdrücklich hervorgehobenen Besitzdiener, nicht aber einem jeden unbeteiligten Dritten gestattet sei. Wäre Besitzwehr, die typischste Form der Vermögensnotwehr, schon nach § 227 zulässig, so wäre die in § 860 ausgesprochene Privilegierung des Besitzdieners unverständlich und überflüssig, da sich dann das dort ausgesprochene Recht des Besitzdieners schon aus § 227 ergäbe.

Genauere Betrachtung ergibt jedoch, daß auch dies Argument, so überzeugend es zunächst wirkt, sich widerlegen läßt, daß, auch wenn man nach § 227 Nothilfe zum Schutz fremden Besitzes für zulässig hält, trotzdem § 860 keinesfalls überflüssig ist. § 860 bezweckt in der Tat eine Bevorzugung des Besitzdieners gegenüber einem beliebigen Dritten. Sein Sinn ist nach M. Wolff[2]) der, „daß der Besitzdiener die Sache mit Gewalt so verteidigen darf, wie der Besitzer selbst, nicht wie ein beliebiger Dritter sie verteidigen dürfte". Der Selbstschutz des Besitzers aber besteht nicht nur in Notwehr-, sondern auch in Selbsthilfebefugnissen, indem Gewaltanwendung auch nach Beendigung des Angriffs erlaubt ist, während BGB. § 227 ja nur Gewalt gegen den gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff zuläßt. § 860 gewinnt und behält also seine Bedeutung eben mit Rücksicht auf die in § 859 enthaltenen Selbsthilfebefugnisse. Daraus aber, daß der Besitzdiener mehr Rechte hinsichtlich des Besitzschutzes hat als ein beliebiger Dritter, kann nicht, wie dies v. Tuhr tut, geschlossen werden, daß dieser Dritte

1) Hoelder zu § 227 Ziffer 3.
2) § 6, II.

überhaupt kein Recht haben solle. Daher ist § 860 nicht mit v. Tuhr als Beschränkung des allgemeinen Notwehr- und Nothilferechts, sondern als Erweiterung des allgemeinen Selbsthilferechts aufzufassen, da Selbsthilfe zugunsten Dritter grundsätzlich ausgeschlossen ist.[1])

Bezüglich des Verhältnisses von § 227 und § 859, Abs. 1 wird also hier der herrschenden Lehre gefolgt, daß das Recht des Besitzers, sich gegen drohende Besitzentziehung oder -störung mit Gewalt zu verteidigen, schon in dem allgemeinen Notwehrrecht des § 227 enthalten ist, daß § 859, I allerdings insofern nicht überflüssig ist, als er auch das Recht gibt, den durch eine vollendete Besitzstörung geschaffenen Zustand eigenmächtig zu beseitigen.[2])

§ 3.

Der mittelbare Besitz.

Zu prüfen bleibt noch, ob auch der mittelbare Besitzer zur Notwehr berechtigt ist. Die Frage ist, nachdem die Lehre, nur der unmittelbare Besitz als die tatsächliche Sachherrschaft berechtige zur Notwehr, abgelehnt ist, grundsätzlich zu bejahen, und zwar nicht nur, weil er — wie jeder andere Dritte — Notwehrhandlungen zum Schutz des unmittelbaren Besitzers vornehmen darf, sondern weil, wenn die Sache dem unmittelbaren Besitzer entzogen würde, auch sein mittelbarer Besitz zerstört wäre Fraglich kann nur sein, ob der mittelbare Besitzer die gleichen Abwehrrechte wie der unmittelbare, also die weitgehenden Behelfe des § 859[3]) oder nur das allgemeine Notwehrrecht des § 227[4])

---

1) Bestritten; siehe unten S. 26—28.

2) Biermann, Erl. I zu § 859. M. Wolff. § 18 I, 2.

3) So v. Gierke, Deutsches Privatrecht, § 116, Anm. 14. Fischer-Henle, § 869, Anm. 7. Kipp zu Windscheid I, S. 798. M. Wolff, § 20 I, 2.

4) So die Kommentare von Biermann, Planck-Brodmann und Staudinger-Kober zu § 869. Cosack § 193c II, 4. Strohal, Dogm. J, 38, S. 517.

hat. Die Berechtigung des vielfach gezogenen Sehlusses, daraus, daß § 869 dem mittelbaren Besitzer nur die Besitzschutzklagen gebe, gehe hervor, daß das Gesetz ihm die Gewaltrechte des unmittelbaren Besitzers versagen wolle, ist sicher sehr zweifelhaft.[1]) Die Entscheidung dieses Streites richtet sich nach der Stellungnahme zu dem allgemeineren theoretischen Problem des Wesens des mittelbaren Besitzes, ob nämlich der mittelbare Besitz dem unmittelbaren wesensgleich, gleich diesem Sachherrschaft, oder ob er nur ein ihm hinsichtlich der Rechtsfolgen gleichgestelltes Verhältnis („fingierter Besitz") sei. Nur wenn man der ersteren Ansicht ist, wird man zur Anwendung des § 859 auch für den Schutz des mittelbaren Besitzers gelangen können. Der Streit soll deshalb hier nicht weiter verfolgt werden, weil hier die Feststellung genügt, daß auch der mittelbare Besitz wehrfähig ist, und weil die praktische Bedeutung nur auf dem Gebiet der Selbsthilfe liegt. Ist nämlich § 859 anwendbar, dann ist Selbsthilfe nicht nur unter den engen Voraussetzungen des § 229, sondern den erweiterten Voraussetzungen des § 859 zulässig.

Fraglich bleibt allerdings noch, ob der mittelbare Besitzer Notwehr auch gegenüber seinem Besitzmittler üben kann.[2]) Das Gesetz nennt ja beide Besitzer (BGB. § 868); Besitz steht gegen Besitz. Nun ist es zwar vielleicht zuviel gesagt, wenn man sagt, daß verbotene Eigenmacht begrifflich nur gegenüber dem unmittelbaren Besitzer möglich sei,[3]) wohl aber ist es, wie aus § 869 hervorgeht, unverkennbare Meinung des Gesetzes, daß verbotene Eigenmacht gegenüber dem mittelbaren Besitzer, wenn überhaupt, doch nur in der Form einer verbotenen Eigenmacht gegenüber dem mittelbaren Besitzer denkbar sei. Als verbotene Eigenmacht

1) M. Wolff a. a. O.: Sie wiederholen damit, was sie begründen wollen. — Auch Planck-Brodmann geben das zu.

2) Dafür v. Gierke, DRP. II, § 250, Anm. 15.

3) Schollmeyer S. 15.

gegen den unmittelbaren Besitzer aber können Handlungen, denen er zustimmt, oder die er gar, wie es hier der Fall ist, selbst vornimmt, nicht bezeichnet werden. Mit Recht wird hervorgehoben, daß sich ein Besitzschutz des Oberbesitzers gegen Handlungen „Dritter deshalb verbiete, weil es an jeder Norm darüber fehlen würde, in welchen Grenzen der Oberbesitzer gegen den Mittler, in welchen der Mittler gegen den Oberbesitzer geschützt sein solle".[1]) Eben deswegen, weil Besitz gegen Besitz steht, ist es erforderlich, auf das dem Besitzmittlungsverhältnis zugrunde liegende Rechtsverhältnis zurückzugehen und gegebenenfalls Selbsthilfe nach § 229 gegen die Vereitelung des Rückgabeanspruchs, nicht aber Notwehr zuzulassen.

Man darf also den mittelbaren Besitz als relativ wehrfähig bezeichnen; er ist es allen, nur nicht dem mittelbaren Besitzer gegenüber.

B. Die einzelnen absoluten Rechte.

§ 4.

Sachenrechte (insbesondere Eigentum), Immaterialgüterrechte.

a) Geht man von der oben vertretenen generellen Auslegung des § 227 aus und lehnt die Auffassung, daß § 227 nur die Personennotwehr betreffe, ab, so steht nichts im Wege, auch das Eigentum, also ein Recht, nicht eine Tatsache, als wehrfähig zu bezeichnen.

Demgegenüber beruft sich v. Tuhr darauf, die Annahme, neben dem Besitz sei auch das Eigentum ein durch Notwehr schützbares Recht, führe zu perplexen Resultaten: wenn B. im Begriff sei, eine in seinem Besitz befindliche Sache des A. zu schädigen, so sei A. nach § 227 befugt,

1) M. Wolff, § 20 II, 1.

dagegen eigenmächtig einzuschreiten, gleichzeitig aber B. nach § 859 berechtigt, dieses Einschreiten des A. mit Gewalt abzuwehren.[1])

Bei der Würdigung dieses Beispiels ist zunächst im Interesse sauberer begrifflicher Scheidung davon auszugehen, daß B. nicht Besitzmittler des A. ist. Wäre das der Fall, so ist allerdings nach dem eben Ausgeführten Notwehr nicht zulässig. Hält man sich also vor Augen, daß es sich nur um die Wehrfähigkeit des Eigentums handelt, so kommt man zu dem Ergebnis, daß das Beispiel nicht beweist, was es beweisen soll. Denn nimmt man an, daß der Eigentümer A. nach § 227 zum Einschreiten berechtigt ist — auch v. Tuhr tut dies, freilich um diese Annahme ad absurdum zu führen —, so begeht er dann doch keine verbotene Eigenmacht. In der gesetzlichen Definition (BGB. § 858) heißt es ausdrücklich: „Sofern nicht das Gesetz die Entziehung oder Störung gestattet". Nur der verbotenen Eigenmacht aber darf sich nach § 859 der Besitzer mit Gewalt erwehren. Damit entfällt die bemängelte Perplexität des Ergebnisses. [2])

Die seltsame Konsequenz freilich, daß der Eigentümer gegen die bloße Besitzstörung und gegen die bloße Entziehung seiner Sache Notwehr üben dürfe, daß er aber gegenüber der völligen Vernichtung der Sache nur deshalb, weil sich diese Vernichtung nicht in seiner Besitzsphäre vollzieht, keinerlei Gewaltrechte zum Selbstschutz haben solle und ihr, sich mit der Hoffnung auf Erfüllung seines Schadensersatzanspruches tröstend, ruhig zusehen müsse, will allerdings anscheinend auch die hier abgelehnte Lehre nicht ziehen. Es soll nach v. Tuhr unter den Vorausset-

1) v. Tuhr II, 2 § 95, Anm. 10.

2) Daß der Vermieter gegen den Mieter, der die Wohnung nicht räumen will, keine Notwehr üben darf — dies ist das Beispiel v. Tuhrs —, ist auch nach dem oben Gesagten zu entscheiden. Notwehr kommt aber hier schon deswegen nicht in Frage, weil in der Weigerung, auszuziehen, ein Angriff gegen den Eigentümer nicht gesehen werden kann. Vgl. Titze S. 77, Anm. 16 und RGSt Bd. 19, S. 298.

zungen des § 229 Selbsthilfe zulässig sein. Wenn also der Eigentümer hinzukommt, wie der Dieb gerade die gestohlene Kuh zu schlachten im Begriff ist, so soll er zwar nicht Notwehr üben, aber doch seinen Herausgabeanspruch aus § 985, dessen Vereitelung ja zweifellos droht, im Wege der Selbsthilfe sichern dürfen.

Der Einwand, der dagegen erhoben werden könnte, daß § 229 nur ein in solcher Situation wenig praktisches Mittel, nämlich nur die Wegnahme der gefährdeten Kuh, also nur eine Einwirkung auf das angegriffene Objekt, nicht aber von vornherein Gewalt gegen den angreifenden Dieb zulasse, dürfte sehr zweifelhaften Wert haben. Wohl aber ist zu beachten, daß mit der Annahme des Selbsthilferechts die Unbilligkeit, die in einer völligen Versagung von Gewaltrechten läge, zwar gemindert, aber nicht beseitigt ist.

Zunächst wären Dritte — der Sohn, der Knecht des Bauern — in solcher Situation machtlos.[1]) Vor allem aber ist damit in all den Fällen nicht geholfen, in denen ein Anspruch gegen den, der die Sache des Eigentümers zu verletzen sich anschickt, gar nicht besteht. In dem eben erwähnten Beispiel bestand ein solcher Herausgabeanspruch gegen den Dieb als Besitzer der Sache. Wie aber, wenn ich hinzukomme, wie in den Straßen der Nachbarstadt jemand meinen Hund, der mir seit längerer Zeit entlaufen ist, mutwillig, ohne daß das friedliche Tier ihn angegriffen hat, niederzuschlagen im Begriff ist, ohne die Absicht, sich in den Besitz des zu tötenden Tieres zu setzen? Ein zukünftiger Herausgabeanspruch kommt nicht in Frage, allenfalls nur ein aus dem Eigentum folgender Unterlassungsanspruch. Von ihm wird unten[2]) eingehend die Rede sein; hier sei nur bemerkt, daß er von der herrschenden Lehre abgelehnt wird.

Alle Achtung vor dem staatlichen Rechtsverfolgungs-

---

1) Darüber unten S. 26 - 28.

2) Seite 30—40.

monopol kann nicht dazu führen, in solchen Fällen dem Eigentümer, dem die Schadensverhütung noch möglich ist, das Recht zur Gewaltanwendung gegenüber dem Unrecht zu versagen und ihn mit dem Hinweis auf die Schadensvergütung, einen Ersatzanspruch von oft sehr zweifelhaftem Wert, zu vertrösten. Auch hier muß Notwehr möglich sein.

Wie das umfassendste Sachenrecht, das Eigentum, müssen aber auch die begrenzten dinglichen Rechte behandelt werden, die „sonstige Rechte" im Sinne des § 823 sind. Sie genießen, soweit sie mit Besitz verknüpft sind, sogar den Besitzschutz. (Nießbrauch, Pfandrecht.) Mit Rücksicht auf das Ziel dieser Abhandlung erübrigt es sich, den am Eigentum erbrachten Nachweis bei jedem einzelnen dieser Rechte zu wiederholen. Es mag nur hervorgehoben werden, daß das Gesetz unter ihnen den Dienstbarkeiten insofern eine besondere Stellung einräumt, als es an ihnen unter gewissen Voraussetzungen einen Rechtsbesitz statuiert, also die erweiterten Gewaltrechte des § 859 zuläßt, wenn die Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen und im letzten Jahre vor der Störung, sei es auch nur einmal, ausgeübt ist. (BGB. § 1029.) § 1029 ist insofern charakteristisch, als hier unbestreitbar vom Gesetz ausdrücklich Notwehr zugunsten eines Rechtes zugelassen ist, für dessen Bestehen sich, worauf doch diejenigen so großen Wert legen, die den unmittelbaren Besitz allein für wehrfähig erklären, in der Welt der Tatsachen keinerlei Legitimation des Notwehrübenden findet. Nur etwas Aktenmäßiges, die Eintragung im Grundbuch, liefert eine Vermutung; die einmalige Ausübung innerhalb des letzten Jahres kann schwerlich als gegenwärtiges Faktum bezeichnet werden.

Sodann mag noch eine Gruppe von Rechten erwähnt werden, deren Wehrfähigkeit nach v. Tuhr verneint werden müßte: die (sachenrechtlichen) Aneignungsrechte. Der Jagdberechtigte darf gegen den Wilderer, der auf seinem Jagdgebiet die Jagd ausübt, auch dann, wenn dieser den Jagd-

berechtigten nicht persönlich angreift, Notwehr üben.[1])Dies Notwehrrecht besteht nach der hier vertretenen Ansicht, gleichgültig, ob landesrechtlich ein Rechtsbesitz anerkannt ist oder nicht.[2])

b) Daß die hier abgelehnte Lehre der auch auf anderen Gebieten bedenklichen Gefahr einer Identifizierung des Wirklichen, Vorhandenen, Bestehenden, zu dessen Schutz die Notwehr zulässig ist, mit dem sinnlich Wahrnehmbaren und Greifbaren erlegen ist, zeigt sich insbesondere auch auf dem Gebiete des Immaterialgüterrechts. Nun kann man allerdings bei einer bestimmten Auffassung des Urheberrechts und verwandter Rechte in ihrer Verletzung Angriffe auf die Persönlichkeit des Berechtigten sehen und schon so zur Zulässigkeit der Notwehr gelangen. Aber auch vom Standpunkt der herrschenden Meinung, die diese Auffassung nicht teilt, und die in diesen Rechten wesentliche vermögensrechtliche Elemente erblickt, muß zum Schutz solcher unkörperlichen Güter Notwehr möglich sein, z. B. für den Erfinder. Der Komponist darf sich gegen die unberechtigte Aufführung seines Tonwerks zur Wehr setzen.[3])

Damit verlassen wir das absichtlich kurz behandelte Gebiet der Wehrfähigkeit der einzelnen absoluten Rechte. In seinem Mittelpunkt steht die Frage der ausschließlichen Wehrfähigkeit des unmittelbaren Besitzes. Hat man zu ihr in dem einen oder anderen Sinne Stellung genommen, so können im einzelnen kaum mehr Zweifel bestehen. Deshalb ist hier von der im Grunde nur ermüdenden Aufzählung der einzelnen absoluten Rechte abgesehen worden. Nach dem in der Einleitung Gesagten gilt es nunmehr, vor allem das eigentlich problematische Gebiet, das Verhältnis von Notwehr und relativen Rechten, von Notwehr und Anspruchsbegriff und damit das Verhältnis von Notwehr und Selbsthilfe zu betrachten.

---

1) RGStr. 35 S. 406/7.

2) Über den landesrechtlichen Rechtsbesitz an Jagd- und Fischereirechten M. Wolff, § 24 VI, 2 und Anm. 23.

3) Ausführlicher hierüber Lampson S. 35-40. Eltzbacher DJZ. X, S. 270.

II. Abschnitt.

Notwehr und relative Rechte.

§ 5.

Bedeutung der Abgrenzung von Notwehr und Selbsthilfe.

Der hier abgelehnten Lehre, Voraussetzung jeder Notwehr sei der unmittelbare Besitz, stellt die herrschende Lehre die Formel gegenüber, wehrfähig sei jedes „befriedete Rechtsgut“[1] oder „jedes rechtlich geschützte Interesse,“[2] „jedes überhaupt verletzbare Lebensgut,“[3] es genüge „ein Eingriff in die Rechtssphäre (im weitesten Sinne) einer anderen Person“,[4] „gleichviel auf welches Gut sich der Angriff richte“[5]

Mit diesen Wendungen ist jedoch nicht viel gewonnen. Denn es fragt sich dann immer noch, wieweit der Begriff des Rechtsgutes zu ziehen ist, ob insbesondere relative Rechte zur Rechtssphäre zu rechnen sind. In der Theorie herrscht ja über die Begriffsbestimmung dieser etwas schillernden Wendungen keineswegs Einigkeit. Nicht mit Unrecht wird der Rechtsgutbegriff „halbtechnisch“[6] und „verschwommen“[7] genannt.

---

1) Planck, Erläuterungen 1a zu § 227, Warneyer, Erl. zu § 227. Endemann I, S. 434 Anm. 6.

2) Komm. von Reichsgerichtsräten, Erläuterungen 4 zu § 227.

3) Schleifenbaum, Begriff und Bedeutung des gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffes S. 46.

4) Olshausen, StrGB. § 53.

5) Eltzbacher, DJZ. X S. 239.

6) Baumgarten S. 121

7) H. A. Fischer, Die Rechtswidrigkeit, S. 212.

Der Wert der Abgrenzung wäre dann höchst zweifelhaft, wenn es sich im Grunde nur, wie es fast scheinen könnte, um eine terminologische Frage handelte. Man wolle sich des obigen Beispiels des Bauern erinnern, der den Dieb in dem Augenblick antrifft, in dem er die gestohlene Kuh zu schlachten im Begriff ist. Daß der Bauer hier Gewalt anwenden dürfe, darüber bestand ja zwischen der Ansicht v. Tuhrs und der hier vertretenen Übereinstimmung. Nicht im praktischen Ergebnis, nur im theoretischen Ausgangspunkt scheint die Abweichung zu liegen. Nach v. Tuhr darf er kraft Selbsthilferechts, nach der hier vertretenen Ansicht kraft Notwehrrechts einschreiten. Die Feststellung, ob in einem bestimmten Falle dasselbe tatsächliche Verhalten kraft Notwehrrechts oder kraft Selbsthilferechts erlaubt ist, ist aber nicht überflüssig. Ihre praktische Bedeutung sei in folgendem kurz zusammengefaßt.

1. Die Voraussetzungen der Notwehr sind, — soviel läßt sich sagen, ohne dem eigentlichen Thema vorzugreifen, — nicht so eng wie die der Selbsthilfe, bei der ja gefordert wird, daß obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist, und daß ohne sofortiges Eingreifen die Gefahr besteht, daß die Verwirklichung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werde. Damit hängt es zusammen, daß der Selbsthilfeakt, anders als der Notwehrakt, regelmäßig staatlicher Legalisierung bedarf (BGB. § 230). Man sieht indes bei der Betrachtung des obigen Beispiels, daß der Unterschied in solchen Notwehrfällen, in denen rechtzeitige obrigkeitliche Hilfe nicht möglich gewesen wäre, nicht so große Bedeutung hat.

2. Als Mittel der Notwehr ist jedes erforderliche Mittel zugelassen, während bei der Selbsthilfe bestimmte Maßnahmen (Wegnahme, Zerstörung und Beschädigung von Sachen, Festnahme des fluchtverdächtigen Verpflichteten, Brechung des Widerstandes eines Duldungspflichtigen) genannt sind. (BGB. § 229). Mehr als erforderlich darf natürlich auch hier nicht getan werden. (BGB. § 230 Abs. 1).

3. Sehr wichtig ist der Unterschied im Umfang. Notwehr darf jeder Dritte üben, Selbsthilfe zugunsten Dritter dagegen ist ausgeschlossen.

Dies ist allerdings auf beiden Gebieten nicht unbestritten. Die in der Minderheit befindliche Ansicht, aus BGB. § 860 folge, daß nur Personennothilfe, nicht Vermögensnothilfe zulässig sei, ist oben (S. 16) abgelehnt — Umgekehrt wird aber die Zulässigkeit der Selbsthilfe zugunsten Dritter teils schlechthin vertreten, indem auf „die unpersönliche Fassung des Gesetzes" hingewiesen wird,[1]) teils unter gewissen Einschränkungen.[2])

Nun kann kein Zweifel bestehen, daß der Wortlaut des Gesetzes, das in § 227 und § 228 den „andern" ausdrücklich hervorhebt, in § 229 dagegen von ihm schweigt, eher gegen als für die Titzesche Auffassung spricht. — Das allein kann allerdings nicht entscheidend sein. Es bestehen auch in hervorragendem Maße sachliche Bedenken gegen die damit zugelassene Einmischung Dritter in Anspruchsverhältnisse, die zwischen zwei anderen Personen schweben. Ein wesentliches Moment des Schuldverhältnisses ist ja die eigentümliche Willensbindung des Schuldners. Das Willensmoment steht im Verhältnis von Gläubiger und Schuldner bei Entstehung, während des Bestehens und beim Untergang des Schuldverhältnisses in ganz anderer Weise im Vordergrund als im Verhältnis des absolut Berechtigten zum Dritten. Darüber, daß der Selbsthilfeübende nicht immer persönlich zu handeln braucht, sondern sich der Hilfe dritter Personen, die nach seinen Weisungen handeln, bedienen darf, sollte kein Streit bestehen.[3]) Wohl aber sprechen dagegen, daß dritte Personen ohne einen Auftrag des Gläubigers vorläufige Vollstreckungsmaßnahmen gegen den Schuldner sollen ergreifen können, gewichtige Bedenken, die auch durch den

1) Titze S. 121.

2) Enneccerus 1, I § 223 III, 4 und Anm. 11. RGKomm. Erl. 4 zu § 229.

3) Auch das leugnet Heyer, Archiv f. bürgerl. Recht Bd. 19, S. 73.

Hinweis auf § 231 nicht hinreichend aus dem Wege geräumt werden. Die Geschäftsführung ohne Auftrag, die solche Selbsthilfe zugunsten des Gläubigers darstellt, wird regelmäßig eine überaus unsichere Basis haben: Vermutungen, für deren Berechtigung es an jedem Anhaltspunkt fehlt. Sie setzt nicht nur den Schuldner der Gefahr der Belästigung durch Dritte aus, sie wird oft auch dem Gläubiger selbst höchst unerwünscht sein.[1])

Aber auch die neuerdings mehrfach vertretene Ansicht, die auftraglose Geschäftsführung biete eine ausreichende Grundlage für die Selbsthilfe zugunsten Dritter, der auftraglose Geschäftsführer handle zwar wie sonst (BGB. § 179) auf seine Gefahr, die Geschäftsführung sei aber im Falle nachfolgender Genehmigung als gerechtfertigt anzusehen,[2]) erscheint nicht haltbar. — Hier wird das Recht der Vertretung und das der Geschäftsführung ohne Auftrag in etwas unklarer Mischung herangezogen. Wie wir seit Labands berühmter Entdeckung Auftrag und Vollmacht streng scheiden, so sind auch Geschäftsführung ohne Auftrag und Stellvertretungshandlung ohne Vertretungsmacht scharf zu trennen.

Die Lehre von der Stellvertretung und Genehmigung hat auf dem Gebiet der Rechtswidrigkeit nichts zu suchen. Eine an sich rechtswidrige Handlung wird nicht dadurch nachträglich erlaubt, daß derjenige, der sie hätte vornehmen dürfen, sie genehmigt.[3]) In solcher Genehmigung kann ein Verzicht auf ziviirechtliche, aus dem rechtswidrigen Verhalten entstandene Ansprüche liegen. Sie kann aber die Rechts-

---

1) Anschaulich v. Liszt Strafrechtsfälle 13. Auflage Nr. 194, 2: Kandidat Leicht sieht im Gasthaus plötzlich, daß er nicht Geld genug bei sich hat, die Zeche zu zahlen. Er ist im Begriff, sich zu entfernen. Spörhaas hat ihn beobachtet, eilt ihm nach und faßt ihn um den Leib. Leicht wehrt sich und stößt Sp. schmerzhaft in die Magengegend. Der Wirt eilt herbei und läßt Sp. an: „Verursachen Sie doch hier keinen Skandal und mischen Sie sich nicht in meine Angelegenheiten!“

2) Vgl. S. 26 Anm. 2.

3) So mit Recht Zitelmann, Archiv für zivilistische Praxis Bd. 99 S. 100.

widrigkeit dieses Verhaltens nicht nachträglich aufheben, was für das Strafrecht von Bedeutung ist.

Aber auch die Geschäftsführung ohne Auftrag ist kein rechtfertigendes Recht. Sie ist ein Rechtsinstitut, dazu bestimmt, die Rechtsbeziehungen zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherrn, nicht aber Wirkungen Dritten gegenüber zu regeln. Man mag allenfalls noch der Ansicht sein, daß die Rechtswidrigkeit einer Handlung ausgeschlossen sei, „wenn ein Eingriff in den Rechtskreis des Verletzten in der Absicht erfolgt, in seinem Interesse zu handeln, und dem Interesse sowie dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entspricht“[1]), obwohl m. E. sehr zweifelhaft ist, ob in diesen Fällen die Lösung nicht vielmehr auf dem Gebiete des Verschuldens als dem der Rechtswidrigkeit zu suchen ist. Jedenfalls aber paßt dieser Gesichtspunkt zumindest dort nicht, wo — und so liegt es bei der Selbsthilfe zugunsten Dritter — derjenige, demgegenüber die an sich unerlaubte Handlung begangen wird, nicht identisch ist mit dem, in dessen Interesse sie begangen wird.

Hier wird also auch die andere Ansicht, Selbsthilfe zu gunsten Dritter sei unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung unter Umständen erlaubt, abgelehnt, weil eine einem andern gegenüber erfolgende, an sich rechtswidrige Handlung weder dadurch zur rechtmäßigen wird, daß derjenige, dem sie erlaubt gewesen wäre, sie genehmigt, noch dadurch, daß sie im Interesse dieses Dritten vorgenommen wird.

4. Ein letzter Unterschied zwischen Notwehr und Selbsthilfe besteht in der Wirkung der irrigen Annahme der Voraussetzungen. Putativnotwehr verpflichtet nur im Falle des Verschuldens zum Schadenersatz, Putativselbsthilfe auch ohne Verschulden. Nach BGB. § 231 ist der Täter auch dann schadenersatzpflichtig, wenn sein Irrtum nicht auf Fahrlässigkeit beruht.

1) v. Tuhr II, 2 § 88, IV, 4. So im Anschluß an Zitelmanns berühmten Aufsatz über den Ausschluß der Widerrechtlichkeit (S. 27 Anm. 3), die herrschende Lehre, z. B. Enneccerus § 451 II, 3 d. Frank Vorbem. zum 4. Abschnitt III.

§ 6

Notwehr und Unterlassungspflicht im allgemeinen.

Während die Sachenrechte, überhaupt alle absoluten Rechte, die Herrschaftssphären der Einzelnen im Zustand der Ruhe voneinander abgrenzen,[1]) also als das berufenste Gebiet der dem Friedensschutz dienenden Notwehr erscheinen, die ja nur eine konservierende Tendenz hat, dienen die Obligationen in der Regel gerade der Verschiebung dieser Herrschaftsrechte, wirtschaftlich gesprochen dem Güteraustausch. Sie tragen ihr Ziel nicht in sich selbst, sondern treten als „Spannungsverhältnisse" auf, die erst in der vollendeten Verschiebung der bestehenden Herrschaftssphären ihre Lösung finden.[2]) Die Sachenrechte sind auf ein „Haben", die Schuldrechte auch ein „Bekommen" gerichtet und scheinen deshalb für die Notwehr kaum in Betracht zu kommen, sondern das Spezialgebiet der Selbsthilfe darzustellen, die ja die Vereitelung eines von der Zukunft erwarteten Erfolges verhindern will.

Dies um so mehr, als das Forderungsrecht gewöhnlich ein Tun des Schuldners verlangt, seine Verletzung also in einem Unterlassen besteht, in einer Unterlassung aber ein Angriff nicht gesehen werden kann. Unter einem Angriff versteht man nur die ein Recht oder Gut unmittelbar gefährdende positive Tätigkeit.[3]) Angreifer ist nicht, wer nicht tut, was er soll, sondern wer tut, was er nicht soll.

---

1) v. Tuhr I § 6 II.

2) Crome II § 138. Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht S. 191. G. Hartmann, Die Obligation S. 44.

3) So die durchaus herrschende Meinung. Kipp zu Windscheid, 1 S. 624. Olshausen zu § 53. Schollmeyer S. 5. Schleifenbaum S. 45 Titze S. 77. — Die entgegengesetzte Ansicht vertritt v. Bar, Gesetz und Schuld III S. 147. Bei den dort zur Widerlegung gebildeten Beispielen (Der Katakombenführer, der uns in einer unbekannten unterirdischen Gegend verlassen will) handeit es sich jedenfalls nicht um einen Angriff durch

Man hat aber längst beobachtet, daß der soeben formulierte scharfe Gegensatz von Sachenrechten und Schuldrechten bei den auf Unterlassung gerichteten Schuldverhältnissen schwindet. Die Verletzung des negativen Forderungsrechts ist ein Tun, also ein Angriff. Ihm gegenüber soll Notwehr zuläsig sein. Die Notwehr schütze „alle Ansprüche auf ein Unterlassen".[1]) Es sei völlig willkürlich, den Unterlassungsanspruch aus einem Forderungsrecht anders zu behandeln, als den Unterlassungsanspruch aus absolutem Recht, zu dessen Verwirklichung die Notwehr diene.[2]) — Das Verhältniss von Notwehr und Anspruchsbegriff ist aber keineswegs geklärt. Teils nennt man die Notwehr „als die Befugnis, den aus einer drohenden Rechtsverletzung entstehenden Unterlassungsanspruch eigenmächtig zu verwirklichen", einen Fall der Selbsthilfe,[3]) teils wird gerade die Selbsthilfe als Anspruchsverwirklichung der Notwehr gegenübergestellt.[4]) Es empfiehlt sich, bei der weiteren Untersuchung von dem Unterlassungsanspruch aus absolutem Recht auszugehen. Denn er ist ja der Ausgangspunkt, von dem aus Schlüsse auch für Ansprüche aus relativen Rechten gezogen werden.

§ 7.

Der sogen. Unterlassungsanspruch aus absolutem Recht.

a) Die herrschende Auffassung des Verhältnisses von absolutem Recht und dem ihm entspringenden Unterlassungsanspruch ist die folgende. Während mit dem Forderungsrecht gleichzeitig auch der Anspruch gegeben sei, und man

reines Unterlassen. Sie führen auf das sehr bestrittene strafrechtliche Gebiet der delicta commissiva per omissionem, auf das hier nicht näher einzugehen ist.

1) Eltzbacher, Unterlassungsklage S. 238.
2) Eltzbacher a. a. O. S. 244.
3) v. Tuhr, II, 2 § 95 Anm. 31.
4) Neubecker, DJZ. X S. 149.

höchstens streitet, ob Forderung und Anspruch identisch seien oder nicht, lehrt man, entstehe der Anspruch aus absolutem Recht — auch der Unterlassungsanspruch — erst mit der Verletzung.[1])

Zwischen Eigentümer und Drittem bestehe zunächst keinerlei rechtliche Beziehung. Man könne zwar sagen, daß dem Dritten Eingriffe und Störungen verboten seien, nicht aber, daß der Eigentümer etwas von ihm verlangen könne. Ein Anspruch im technischen Sinne entstehe jedoch möglicherweise, falls der Dritte Störungen vornehme. Aber nur möglicherweise: handelt es sich nur um einen einmaligen Störungsakt, liegt die Gefahr weiterer Beeinträchtigungen durch denselben Störer nicht vor, „so ist zwar die weitere Verletzung des absoluten Rechts dem, der es bereits einmal verletzt hat, nach wie vor verboten, aber nicht mehr und nicht weniger als jedem beliebigen Dritten, gegen welchen kein Anspruch erwächst.“ Ein echter Ansprurch auf Unterlassung sei für den Fall, daß weitere Beeinträchtigungen zu besorgen seien, dadurch anerkannt, daß im BGB. § 1004 eine Unterlassungsklage gegeben sei, deren analoge Ausdehnung zum Schutz aller absoluten Rechte allgemein anerkannt sei.

Stellt man den Zusammenhang dieser Lehre mit der Notwehrlehre her, so ergibt sich für den Fall des besitzenden Eigentümers das folgende: Als Rechtsschutz kommt im Augenblick der ersten Störungshandlung regelmäßig nur Selbstschutz, nicht Staatsschutz in Frage. (BGB. § 859 Abs. 1). Nun liege der Fall so, daß durch die Störung ein beseitigungsbedürftiger Zustand nicht hergestellt, wohl aber erneute Störungen zu befürchten sind. Erfolgt eine zweite Störung, so ist, gleichviel, ob nach der ersten Störung, weil weitere Störungen zu befürchten waren, Unterlassungsklage erhoben

---

1) Pointiert Kipp zu Windscheid § 43 Anm. 2: Relative Rechte sind Ansprüche, absolute Rechte ergeben Ansprüche in Verbindung mit ihrer Verletzung. — Wir referieren über die herrschende Lehre im engen Anschluss an die klare Formulierung bei v. Thur 1 § 15 (S. 253).

ist oder nicht,[1]) oder ob die Unterlassungsklage wegen mangelnder Besorgnis nicht möglich war, auch der neuen Störung gegenüber Selbstschutz möglich. Interessant aber ist folgende Konsequenz: Trotz der gleichen tatsächlichen Lage — die Besorgnis weiterer Störungen ist ja kein tatsächliches, sondern ein psychologisches Element — hat das Notwehrrecht in beiden Fällen einen anderen Inhalt. Bei der Abwehr der ersten Störung handelt es sich nur um die Geltendmachung des allgemeinen Verbotsgesetzes, daß niemand den Eigentümer stören dürfe. Ein Anspruch bestand hier nicht. Vor der zweiten Störung dagegen bestand, sofern nach der ersten die Besorgnis weiterer Störungen gerechtfertigt war, ein Anspruch auf Unterlassung. Setzte sich hier der Gestörte zur Wehr, so setzte er also einen Anspruch auf Unterlassung in erlaubter Eigenmacht durch. Daß im ersten Falle Notwehr, im zweiten Selbsthilfe vorliege, wird bei der gleichen äußeren Situation niemand behaupten wollen. Es sind also für die herrschende Lehre allerdings Fälle denkbar, in denen die zum Schutz des absoluten Rechts erfolgende Verteidigung zugleich die Verwirklichung eines Unterlassungsanspruches ist.

b) Es läßt sich nicht leugnen, daß dieses Ergebnis der herrschenden Auslegung des § 1004 außerordentlich auffällig ist. Es ist nicht recht einzusehen, weshalb dasselbe tatsächliche Verhalten gegenüber einem absoluten Recht im allgemeinen nur die Befolgung einer bloßen Verbotsnorm, manchmal indes die Befriedigung eines echten Unterlassungsanspruches darstellen soll. Weshalb muß zu der Besorgnis der Verletzung eine vorausgegangene Verletzung hinzutreten, um einen Anspruch gegen den Störenden zu erzeugen? Die herrschende Lehre, die den Unterlassungsanspruch teils anerkennt, teils leugnet, hinkt auf beiden Seiten. Dann erscheint es schon folgerichtiger, sich mit dem Mut zum Ja oder Nein in der

1) Daß die Klagen aus § 1004, 2 und § 862 I, 2 nicht voraussetzen, daß die erste Beeinträchtigung einen beseitigungsbedürftigen Zustand hinterlassen hat, sondern auch dann gegeben sind, wenn sie äußerlich vorüberging, ist allgemein anerkannt. Vgl. Langheineken, Anspruch und Einrede S. 259.

einen oder anderen Richtung zu entscheiden und Ansprüche auf Unterlassung schon vor der ersten Verletzung entweder anzuerkennen oder aber zu leugnen, indem man bei beiden dieser möglichen Auffassungen in § 1004 lediglich eine prozessuale Bestimmung, die Normierung von Rechtsschutzvoraussetzungen für ein gerichtliches Vorgehen, nicht aber eine Änderung der materiellrechtlichen Lage erblickt. Es ist zu prüfen, welche dieser Ansichten den Vorzug verdient.

Die erste Ansicht, nach der der Unterlassungsanspruch schon vor erfolgter Verletzung besteht, hat, trotzdem sie sicher folgerichtiger ist als die herrschende Lehre, von deren Vertretern nicht nur Kritik, sondern herben Spott erfahren, der zum Teil die Innehaltung der durch die Achtung vor der gegnerischen wissenschaftlichen Überzeugung gebotenen Form fast vermissen läßt.[1]) Ein allgemeiner Unterlassungsanspruch wird als dem Wesen des absoluten Rechts entsprechend zuerst von Windscheid, später von Hellwig, Langheineken, Cosack und Lehmann angenommen.[2]) Bei der Polemik gegen diese Lehre wird oft übersehen, daß es bei der Stellungnahme im wesentlichen darauf ankommt, wieweit man die Grenzen des Anspruchsbegriffes zu ziehen bereit ist.[3]) Diese Grenzziehung ist keine rein logische, sondern eine teleologische Frage, eine Frage wissenschaftlicher Zweckmäßigkeit. Verlangt man für den Anspruchsbegriff das „Recht auf sofortige freiwillige Leistung und das Recht, eine Leistung sofort durch Verurteilungsklage mit anschließender Vollstreckung zu erzwingen“[4]) so muß man allerdings den Unterlassungsanspruch ablehnen. Verneint man aber das

1) Crome 1 § 35 Anm. 6 nennt sie „berüchtigt“. — Sehr ironisch Kohler Grünhuts Z. Bd. 14 S. 6: „Jedes neu entstehende Eigentum durchbebt die ganze Menschheit mit seinem Schauer und bewirkt eine Rechtserschütterung, die bis an den Nordpol reicht.“

2) Windscheid 1 § 43. Hellwig, Anspruch u. Einrede S. 8/9, Cosack § 74. Lehmann, Unterlassungspflicht S. 107 ff.

3) So mit Recht v. Tuhr 1 S. 243.

4) Siber, Rechtszwang S. 82.

Erfordernis der aktuellen Klagbarkeit, so kann man zur Annahme des Unterlassungsanspruches gelangen. Jede dieser Lehren darf daher die andere nur mit einem sehr begrenzten Recht falsch oder richtig nennen, da eben der Ausgangspunkt verschieden ist.

Zu dieser grundsätzlichen Frage braucht aber, da wir den Unterlassungsanspruch nur im Zusammenhang mit der Notwehr behandeln, deswegen nicht weiter Stellung genommen zu werden, weil hier das absolute Recht im Zustand der Ruhe gar nicht in Frage kommt. Denn das Hauptargument der herrschenden Lehre, das gegen Hellwig und Langheineken immer wieder vorgebracht wird, daß danach kein bestimmter einzelner Anspruchsgegner vorhanden sei, sondern jedermann Jedermanns Schuldner sei, daß der Neger am Stanley-Pool und der Neoforeze an der Geelvinksbai in einem Rechtsverhältnis zum Eigentümer der geringfügigsten Sache stehe[1]), entfällt da, wo dem Inhaber des absoluten Rechts in dem Angreifenden ein bestimmter einzelner Gegner gegenübertritt. Weshalb diesem gegenüber bei der ersten Störung nur ein Verbietendürfen, bei der zweiten ein Verlangenkönnen?

Dabei sei auf eine interessante Inkonsequenz der herrschenden Lehre hingewiesen. Während das Reichsgericht, das der herrschenden Lehre folgt, für die Unterlassungsklage aus dem Eigentum an dem Erfordernis, daß bereits ein Eingriff vorliegen müsse, festhält, gibt es dies Erfordernis bei der Unterlassungsklage zum Schutz anderer absoluter Rechte, insbesondere der Immaterialgüterrechte und vor allem bei der vorbeugenden Unterlassungsklage aus unerlaubter Handlung, die ja nach starkem ursprünglichen Streit der Meinungen in Theorie und Praxis jetzt mit einer Analogie zu § 1004 begründet wird, preis. Hier könne das Erfordernis der vorausgegangenen Beeinträchtigung nicht so streng genommen werden wie bei der unmittelbaren Anwendung des

1) Kohler a. a. O.

§ 1004. Es bestehe ein Bedürfnis, daß der Berechtigte nicht abzuwarten brauche, bis grobe Eingriffe vorgenommen sind, sondern daß er schon vorher eine dahinzielende Tätigkeit untersagen lassen könne.[1]) In bewundernswertem Scharfsinn wird allerdings gelegentlich das Prinzip gerettet, indem man das erste Stadium als die erste Beeinträchtigung bezeichnet, demgegenüber die Vollendung die weitere Störung sei.[2]) Ein neuerer Kommentar zum Sachenrecht hat den Mut, auch auf dem Gebiet des Sachenrechts nicht halt zu machen. Er will in bewußtem Gegensatz zur bisherigen Theorie und Praxis zur Befriedigung des dringend empfundenen Bedürfnisses, drohende Besitzstörungen abzuwenden, auch wenn gleichartige nicht vorausgegangen sind, die Besitzschutzklagen aus § 862 zulassen.[3]) Es sei ein unvollkommener Rechtszustand, wenn der Besitzer drohende Besitzstörungen mit Gewalt abwehren dürfe, aber kein Mittel vorbeugenden Rechtsschutzes besitze.

In allen diesen Fällen werden also Unterlassungsklagen — und damit nach herrschender Auffassung Unterlassungsansprüche — schon vor der ersten Beeinträchtigung angenommen. Notwehr zum Schutz von Patentrechten ist danach immer Anspruchsverwirklichung, zum Schutz des Eigentums nur manchmal. In Wahrheit bekennt man sich in diesen Fällen, wenn nicht zu der Ansicht Hellwigs, so doch mindestens zu der Formulierung Gierkes, daß ein Unterlassungsanspruch gegen den bestehe, „der in den dem Berechtigten durch das absolute Recht abgegrenzten Machtbereich gelange".[4]) Um eine solche Lage handelt es sich in jedem Notwehrfall.

Als die andere Möglichkeit, die Halbheit der herrschen-

1) RGZ. 54. 414. 104. 379. 101. 135

2) Darauf läuft die Begründung RGZ. 101 S. 340 hinaus. Für vorbeugende Unterlassungsklage aus § 823 ohne vorangegangene Verletzung Raape (Dernburg-Raape § 388 a.)

3) Rosenberg, I, 1c zu § 862.

4) Gierke, DPR. I, S. 258.

den Lehre zu vermeiden, war es oben bezeichnet worden, das Bestehen von Unterlassungsansprüchen aus absolutem Recht schlechthin zu leugnen. — Von vornherein ist klar, welches die Hauptschwierigkeit ist, auf die diese Theorie stößt und zugleich der Grund, weswegen sie kaum vertreten wird. Sie steht und fällt mit dem Satz, daß die Unterlassungsklage ohne Unterlassungsanspruch möglich sei. Wer das annimmt, setzt sich in Widerspruch zu der im Privatrecht und im Prozeßrecht nahezu einmütig vertretenen Lehre, daß für die Unterlassungsklage ein privatrechtlicher Anspruch auf Unterlassung begrifflich erforderlich sei.[1])

Den Unterlassungsanspruch leugnet nur ein Schriftsteller, der es eine „Absonderlichkeit" nennt, daß das BGB. im § 1004 eine Zivilklage auf Unterlassung von Beeinträchtigungen des Eigentums, also auf Nichtbegehung bei Verschulden unerlaubter und bei Vorsatz sogar strafbarer Handlungen zulasse, und der es für dringend geboten hält, die Fälle dieser Unterlassungsklage nicht noch durch entsprechende Anwendung zu vermehren.[2]) Seit Sibers Buch, das aus dem Jahre 1903 stammt, ist aber die große Bedeutung der Unterlassungsklage in Theorie und Praxis genügend erkannt. Trotz Sibers Warnung hat sich sogar die „Absonderlichkeit", daß auf Nichtbegehung unerlaubter Handlungen geklagt werden kann, durchgesetzt, und das ist durchaus zu begrüßen. Trotzdem hat Siber wohl in einem wesentlichen Punkte recht.

Zu dem von der übrigen Literatur gezogenen Schluß von der Unterlassungsklage auf den Unterlassungsanspruch dürfte sehr erheblich die herkömmliche Einteilung der Klagen in Leistungs-, Feststellungs- und Gestaltungsklagen beitragen. Gestaltungsklage ist die Unterlassungsklage auf keinen Fall,

---

1) Hellwig. System I, § 102, § 104. Gaupp-Stein, Vorbemerkung zu § 253, II, Ia und IV. Langheineken, Anspruch und Einrede S. 9. Lehmann. Unterlassungspflicht S. 113. — Etwas abweichend v. Blume, Festgabe für Güterbock S. 395: Der Unterlassungsanspruch ergebe sich schon aus § 903, nicht erst aus § 1004.

2) Siber, Rechtszwang im Schuldverhältnis S. 109.

man rechnet sie zu den Leistungsklagen. Die gelegentlich vertretene Ansicht[1]) — allerdings mehr für die Klage aus der Unterlassungsobligation —, die Unterlassungsklage sei Feststellungsklage, da eine Unterlassung den Begriff der Leistung nie erfüllen könne, wird in der modernen Theorie mit Recht verworfen. Sie scheitert insbesondere auch am Vollstreckungsrecht. Immerhin lenkt sie die Aufmerksamkeit auf einen Punkt: damit, daß eine Unterlassung eine Leistung sein kann, (was die erwähnte Ansicht zu Unrecht leugnet) ist noch nicht gesagt, daß jede Unterlassung eine Leistung sein muß.

Man hat längst erkannt, daß es Klagen gibt, die weder Gestaltungs-, noch Fesstellungsklagen sind, bei denen aber doch ein Anspruch nicht vorhanden ist. Man nennt insbesondere die actio hypothecaria, bei der es sich um ein bloßes Haftungsverhältnis handelt. Man hat deshalb den Ausdruck „Leistungsklage" durch den weiteren der „Verurteilungsklage" zu ersetzen vorgeschlagen Wie aber bei der actio hypothecaria rechtsschutzfähiger Tatbestand das dingliche Recht selbst, nicht ein besonderer, außerhalb des dinglichen Rechts stehender Anspruch ist, so ist man auch berechtigt, in der actio negataria nicht die Geltendmachung eines außerhalb des Eigentums stehenden selbständigen Anspruchs auf Unterlassung, sondern des Eigentums selbst eben in seiner negativen Richtung gegen den Dritten zu sehen, anders ausgedrückt, in der Unterlassungsklage aus § 1004, die unter dessen besonderen Rechtsschutzvoraussetzungen zulässige klageweise Berufung auf Normenschutz zu erblicken.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist es unzulässig, anzunehmen, daß derjenige, der den Eigentümer nicht stört, nur eine Verbotsnorm befolgt, während derjenige, der schon eine Störungshandlung vorgenommen hat, sich nachher aber weiterer Störungen enthält, trotzdem sie zu befüchten waren, einen Anspruch erfülle, eine Leistung bewirke. Ihr erscheint

1) O. Fischer, Recht und Rechtsschutz S. 72, 79.

es nicht angängig, den „Unterlassungsanspruch“, der aus der Störung in Verbindung mit der Besorgnis weiterer Störungen entstehen soll, etwa in Parallele mit dem Schadensersatzanspruch zu setzen, der nach § 823 Abs. I aus der Verletzung eines absoluten Rechts entspringt.[1]) Für sie ist es unnötig, gekünstelt und verwirrend, die negative Seite des absoluten Rechts, eine ihm begrifflich wesentliche Funktion, nur deshalb, weil sie unter besonderen Voraussetzungen klageweise geltend gemacht werden kann, zu einem besonderen subjektiven Recht zu erheben. Eben darin bestehen auch ihre Bedenken gegen die Konstruktion Hellwigs, die eine Auflösung des absoluten Rechts in eine Unzahl relativer Rechte bedeutet. Wenn sie sich auch in Widerspruch zu der nahezu einmütig herrschenden Auffassung setzt, ohne sich ihrerseits auf die Unterstützung durch eine größere Anzahl namhafter Schriftsteller berufen zu können, so darf sie immerhin auf in anderem Zusammenhang stehende Sätze eines großen Juristen verweisen:

> Der Anspruch auf Unterlassen ist ja nichts anderes als das absolute Recht selbst gerade in seiner Richtung gegen diese eine Person. Er ist nur ein praktischer Ausdruck für die Anerkennung des Rechts, ein unmittelbarer Ausfluß der Macht, die mit dem Recht verliehen ist. Man kann nicht das Recht zugestehen und den Anspruch leugnen. Die Frage also, ob das absolute Recht vorhanden und die, ob der Beklagte eine Störung zu unterlassen verpflichtet sei, ist ein und dieselbe Frage.[2])

---

1) Man hat ja auch die früher vertretene theoretische Begründung der vorbeugenden Unterlassungsklage aus § 823 als einer Schadensersatzart aufgegeben.

2) Zitelmann, Internationales Privatrecht Bd. 11 S. 233. — In geistreicher Uebertreibung bezeichnet Schloßmann (Vertrag S. 257 ff.) das dingliche Recht nur „als ein terminologisches Hilfsmittel, als die vor-

Die hier vertretene Anschauung bewährt sich insbesondere bei der mit Recht mit einer Analogie zu § 1004 begründeten vorbeugenden Unterlassungsklage auf dem Gebiet der unerlaubten Handlungen. Auch hier schließt die herrschende Lehre von der Unterlassungsklage auf den Unterlassungsanspruch.[1]) Gegen diesen Anspruch auf Nichtbegehung unerlaubter Handlungen hat sich hier allerdings mit vollem Recht v. Gierke ausgesprochen.[2])

Hier zeigt es sich deutlich, daß die Unterlassungsklage nur Berufung auf Normenschutz ist. Die Zulässigkeit der Analogie beruht gerade darin, daß der Normenschutz nicht nur einem Recht, sondern auch den von § 823 geschützten bloßen Lebensgütern gelten kann. Man kann es vielleicht so ausdrücken: Den Fällen unselbständigen

---

gestellte gemeinschaftliche Quelle aller als möglich gedachten auf die Sache bezüglichen Ansprüche gegen Dritte." Realität gewinne es erst, indem es im Einzelfall vor Gericht geltend gemacht und erzwungen werde. — Vgl. auch den Eigentumsbegriff Thons, Rechtsnorm und subjektives Recht S. 178 ff.

1) Vgl. z. B. Enneccerus 1, 2 § 465 II, III.

2) DPR. III § 315 III. — Man kann ihm aber in seiner Folgerung, jedem privatrechtlichen Verletzungsverbot entspreche ein subjektives Privatrecht, nicht folgen. Es ist zuzugeben, daß die Unterlassungsklage aus § 823 ein eigentümliches Mittelgebiet zwischen echtem subjektiven Recht und bloßem Normenschutz darstellt. Das ist wohl der eigentliche Grund, weswegen auch Siber, der scharfe begriffliche Scheidungen liebt, ihr mit solchem Missbehagen gegenüberstand. (Rechtszwang S. 109) Der Unterschied zwischen rechtlich geschütztem Interesse und echtem subjektiven Recht wird dadurch in der Tat etwas verwischt. (Vgl. darüber Kipp, Berliner Festgabe für Otto v. Gierke 1910 II S. 3.)

Es wird aber nicht aufgehoben; der Grundsatz, daß nicht jede Verletzung des objektiven Rechts zugleich die Verletzung eines subjektiven Rechts sei, bleibt bestehen. (Vgl. v. Tuhr II, 2 § 88 Anm. 162.) Mit Recht lehnt die herrschende Auffassung die Annahme Gierkes und Eltzbachers (Unterlassungsklage S. 104), nach der „in der Tatsache, daß eine Rechtsvorschrift um jemandes willen einen anderen einschränke, das Wesen des subjektiven Rechts zu sehen sei", insbesondere wegen BGB. § 823 Abs. I und II ab. Vgl. v. Tuhr I, § I, 1 2.)

Normenschutzes werden die Fälle selbständigen Normenschutzes gleichgestellt.

Zwei Auffassungen waren gegenüber der Halbheit der herrschenden Auffassung des Unterlassungsanspruchs aus absolutem Recht als allein diskutabel bezeichnet. Nachdem wir uns für die zweite entschieden haben, ist nach der hier entwickelten Anschauung Notwehr nur die gewaltsame Berufung auf Verbotsnormen. Damit ist auch die Einheitlichkeit des Notwehrbegriffes gewahrt. Ob sie erfolgt zum Schutz der Person, zum Schutz eines absoluten Rechts, zum Schutz eines rechtlich anerkannten Gutes, wie der Ehre oder gegen eine vorsätzliche sittenwidrige Vermögensschädigung (BGB. § 826)[1] —, immer ist es die Verbotsnorm, deren Übertretung abgewehrt wird. Damit zeigt sich auch eine gewisse Unvollständigkeit der bisherigen Betrachtung, die nur die Wehrfähigkeit der Rechte ins Auge faßte, und damit ist zugleich begründet, weshalb Notwehr nicht nur zum Schutz subjektiver Rechte zulässig ist.[2]

Der Unterlassungsanspruch aus relativem Recht.

§ 8.

Die negative Obligation.

Der problematische Unterlassungsanspruch aus absolutem Recht ist deswegen eingehend behandelt, weil daraus, daß der Unterlassungsanspruch, der aus einer Obli-

1) Es ist zweifelhaft, ob eine an sich nicht rechtswidrige Handlung dadurch rechtswidrig zu werden vermag, daß sie den Tatbestand des § 826 erfüllt. Der Schluß von der Schadensersatzpflicht auf die Widerrechtlichkeit ist nicht zwingend. Mit Recht hebt aber Enneccerus § 453, Anm. 11 hervor, daß die Rechtswidrigkeit deswegen angenommen werden dürfe, weil eine unsittliche Handlung mit einer Ersatzpflicht bedroht ist.

2) Dies hebt Kipp zu Windscheid I, S. 624 hervor.

gation entsteht, für die Notwehr nicht anders behandelt werden könne, für die Anwendung der Notwehr im Gebiet der Schuldverhältnisse Folgerungen gezogen werden.[1]) Daß die Berufung auf die Notwendigkeit der Gleichstellung nichts beweist, ergibt sich aus der bisherigen Untersuchung; wir haben gesehen, was es mit dem sogenannten Unterlassungsanspruch aus absolutem Recht für ein Bewandnis hat.

Gegen die Verletzung der Unterlassungsobligation soll Notwehr deshalb zulässig sein,[2]) weil mit ihr aufhört, was bisher war. Der Zustand dauernden Befriedigtseins, der, solange keine Zuwiderhandlung erfolgt, besteht, läßt sich nach dieser Auffassung nicht weniger als etwa bestehender Besitz als etwas Existentes, in der Welt der Tatsachen Verwirklichtes ansehen. Läßt man bei Zuwiderhandlungen gegen negative Forderungen Notwehr zu, bei positiven Obligationen dagegen nur Selbsthilfe, so muß man sich bewußt sein, daß man damit nicht nur im Hinblick auf die oben S. 25—28 dargestellten praktischen Konsequenzen, unter denen hier nur die Zulässigkeit der Nothilfe und die Unzulässigkeit der Selbshilfe zugunsten Dritter hervorgehoben werden mag, die Einheitlichkeit des Obligationsbegriffes preisgibt. Entscheidend ist, daß man zur Bejahung des Notwehrrechts nur von einer bestimmten Anschauung der Unterlassungsobligation aus gelangen kann. Insofern handelt es sich dabei nur um eine unter den speziellen Auswirkungen eines allgemeineren Problems, nämlich der Konstruktion der Unterlassungsverbindlichkeit überhaupt.

Der Abschluß eines auf Unterlassung gerichteten Vertrages bedeutet nach dieser Auffassung nicht die Begründung einer Verbindlichkeit, sondern ist eher etwa mit einem Realvertrag in Parallele zu setzen. Er hat zwar nicht das sofortige Entstehen einer Forderung, aber doch eine andere

1) Eltzbacher, Unterlassungsklage S. 244.

2) Planck, Erl. 1a zu § 227. Eltzbacher a. a. O. H. A. Fischer, Die Rechtswidrigkeit S. 216. Als Beispiel kehrt immer die Verpflichtung, während bestimmter Zeit das Klavierspiel zu unterlassen, wieder.

unmittelbare Wirkung zur Folge, die Begrenzung der Rechtssphäre des Versprechenden, die Begründung einer eigentümlichen Rechtslage, vermöge deren Handlungen, die dem Versprechenden bisher freistanden, nunmehr nur als unrechtmäßige vorgenommen werden können. Worauf diese Anschauung den Nachdruck legt, das ist der der Unterlassungsobligation danach wesentliche Zustand der Ruhe und des Friedens, demgegenüber sich die Zuwiderhandlung als die Störung eines gegenwärtigen Zustandes, nicht als das Ausbleiben eines von der Zukunft erwarteten Erfolges erweist. Von vornherein eine Obligation anzunehmen, sei begrifflich unmöglich, weil es an einem wesentlichen Erfordernis der Obligation mangele. Leistung bedeute immer die Überführung aus dem Zustande des Unbefriedigtseins in den der Befriedigung. Bei der sogenannten Unterlassungsverbindlichkeit sei nur das Umgekehrte möglich, „die Überführung aus dem Zustande des Befriedigtseins oder richtiger des Friedens, in den der Verletzung."[1]) Ein Recht entstehe erst durch die Zuwiderhandlung.

Die neuere Theorie sieht das Wesen der Obligation in in einem doppelten, in der formalen Tatsache einer Willensbindung des Schuldners, einer Willensherrschaft des Gläubigers über den Schuldner (das sogenannte „Verpflichtungsmoment") und (seit G. Hartmanns berühmtem Buch) in der Richtung auf einen dem Gläubiger günstigen Erfolg (sogen. „Zweckmoment").[2]) Man stellt (in etwas abweichendem Gebrauch des Wortes „sollen") nebeneinander das „Leistensollen" und das „Bekommensollen."[3]) Beide Momente sollen der Unterlassungsobligation fehlen.

Man leugnet das Verpflichtungsmoment, indem man sagt, der Schuldner befinde sich dem Gläubiger gegenüber in keiner andern Lage als ein Dritter gegenüber dem In-

1) O. Fischer, Recht und Rechtsschutz S. 72.

2) Planck-Siber, Vorbemerkungen III, I. Boehmer, Der Erfüllungswille.

3) Siber a. a. O.

haber eines absoluten Rechts: der Imperativ der negativen Obligation könne nur als Verbot der Handlung, nicht als Gebot der Unterlassung aufgefaßt werden.[1]) Es sei eine Überspannung, wolle man verlangen, daß das Unterlassen auf einem bewußten Willensakt des Schuldners beruhe.[2]) — Demgegenüber ist mit Recht betont worden,[3]) daß die Annahme eines Schuldverhältnisses keineswegs die Annahme voraussetzt, daß die den Erfüllungstatbestand bildende Unterlassung in jedem Moment gewollt werden müsse. Die dem Schuldverhältnis eigentümliche Willensbindung kann sehr wohl bestehen, ohne daß der ihm eigentümliche Erfolg durch einen bewußten Willensakt herbeigeführt wird. Auch bei der Annahme des Verpflichtungsmoments ist Erfüllung möglich, ohne daß der Schuldner an seine Pflicht überhaupt denkt: Leistung ist eben nur dem Obligationszweck entsprechendes Verhalten.[4]) Das Willensmoment äußert sich auch hier; nur ist das aktuelle Willensmoment der positiven Obligation bei der negativen Obligation zu einem potentiellen gemindert:

> Die negative Obligation begnügt sich mit dem bloßen Unterlassen, dem jeder Willensentschluß fehlt; aber sie verlangt gegebenenfalls eine entgegengesetzte Motive unterdrückende Willenstat.[5])

Nun kann bei dieser Formulierung allerdings nicht geleugnet werden, daß es psychologisch derselbe Vorgang ist, wenn jemand der Vorstellung, pflichtwidrig tätig zu werden, die motivierende Kraft nicht versagt, ob das Tätigwerden nun fremdem absolutem Recht oder fremdem Forderungsrecht widersprochen hätte. Unter dem Gesichtspunkt des Willensmoments einen Unterschied hinsichtlich der Notwehr zu folgern, läßt sich nicht rechtfertigen.

---

1) Thon, Rechtsnorm u. subjektives Recht S. 202.
2) Thon a. a. O. S. 200.
3) Boehmer, Der Erfüllungswille S. 33.
4) Siber, 2a zu § 362. — Boehmer a. a. O. S. 48, 65.
5) Boehmer a. a. O. S. 33.

Aber entscheidend ist auch nicht dieser psychologische Vorgang im Innern des Zuwiderhandelnden, entscheidend ist die Lage, die er in der Welt der Tatsachen und des Rechts vorfindet. Entscheidend ist das zweite Moment, das Erfolgsmoment. Daß es der Unterlassungsobligation nicht fehlt, indem der auf Unterlassung gerichtete Vertrag gerade mit Rücksicht darauf, daß ein bestimmtes positives Verhalten des Schuldners als möglich vorausgesehen wird, geschlossen wird, ist einwandfrei dargetan.[1]) Für uns fragt es sich daher nur, ob dieser Erfolg anders geartet ist als der der positiven Obligation, ob er „in der Gegenwart liegt, während jener in der Zukunft liegt", sodaß hier Notwehr, dort Selbsthilfe am Platze ist.[2]) — Diese Frage ist zu verneinen. Auch die negative Obligation ist nur ein Wechsel auf die Zukunft. Wenn A. von B. kraft eines Vertrages die Unterlassung bestimmter Handlungen verlangen darf, so ist die Lage hinsichtlich des Selbstschutzes seines Rechtes nicht anders, als wenn er etwa von B. für die gleiche Zeit die dauernde Berieselung seines Grundstückes mit Wasser verlangen darf. Handelt A plötzlich der Unterlassungspflicht zuwider, so ist es nicht anders, als wenn er plötzlich die Berieselung einstellt. In beiden Fällen

1) Boehmer a. a. O. S. 13.

2) Die einzige klare Formulierung dieser Alternative findet sich bei Baumgarten, Notstand und Notwehr S. 121, der allerdings nur auf die Möglichkeit beider Betrachtungsweisen hinweist und die Entscheidung resigniert der Praxis überläßt, der es möglich sein werde, die richtige Grenzlinie zu finden.

1. „Bisher hat man Ruhe gehabt: nun wird man durch die unliebsamen Töne aufgeschreckt."

2 „Daß der, welcher sich verpflichtet hat, nicht Klavier zu spielen, diese Verpflichtung einhält, erscheint vielleicht nicht sicherer als daß der zahlt, der zu zahlen versprochen hat. Wenn daher die Töne, die man sich fernhalten wollte, erschallen, so ist das Gefühl vielleicht eher das schmerzlicher Feststellung des Nichteintritts eines erhofften Vorteils als das der Empörung über die widerrechtliche Entziehung eines besessenen Wertes."

ist nicht Notwehr, sondern, falls deren übrige Voraussetzungen vorliegen, Selbsthilfe möglich.

Es ist nicht leicht, den Unterschied zwischen der Unterlassungsobligation und der negativen Seite des absoluten Rechts zu veranschaulichen. Man darf vielleicht sagen: der Hauptunterschied liegt im Verhältnis von Recht und Zeitablauf. Wir vermögen uns das absolute Recht sozusagen jenseits von Raum und Zeit vorzustellen, wenigstens sehr viel eher als die Unterlassungsobligation, der der Zeitbegriff immanent ist. So gesehen, kennt das absolute Recht keine Gegenwart, es hat ewigen Bestand. „Gegenwart" ist erst ein zu ihm in Beziehung gesetzter Begriff, während die Unterlassungsobligation sich mit dem Zeitablauf erschöpft und jeder Zeitmoment eine inhaltliche Veränderung bewirkt. Bis zur Zuwiderhandlung kann man beim absoluten Recht von einem „Befriedetsein", bei der Unterlassungsobligation nur von einem „bis jetzt Befriedigtwordensein" reden. Am Ende des Zeitraumes, für den die Unterlassung geschuldet war, im Augenblicke ihrer höchsten „Befriedigung", wo sie zum Augenblicke sagen möchte: „Verweile doch, Du bist so schön!", — da geht die Unterlassungobligation „gern zugrunde".[1]) Vorher kann der Gläubiger nur ein „Vorgefühl solch höchsten Glücks" haben, nicht aber sich als „Beatus possidens" fühlen. Will man Bilder zur Veranschaulichung heranziehen, so ist das absolute Recht der Fels, an dem der Strom der Zeit vorbeifließt; bei der Unterlassungsobligation dagegen entspricht dem Verhältnis von Recht und Zeit die verrinnende Sanduhr.

Der hier vertretenen Ansicht, daß zur Sicherung der Unterlassungsobligation nur Selbsthilfe möglich sei, stehen allerdings mehrere Bedenken entgegen.

Von Eltzbacher und Heyer wird behauptet,[2]) Unter-

1) Vgl. Sohm in der „Kultur der Gegenwart" Teil II Abt. VIII S. 99.

2) Eltzbacher, Unterlassungsklage S. 238. Heyer, Archiv. f. bürgerl. Recht Bd. 19 S. 73.

lassungsansprüche kämen für § 229 aus folgenden Gründen nicht in Frage. Das Gesetz behandele die Selbsthilfe nur als Provisorium staatlicher Maßnahmen, wie besonders aus § 230 hervorgehe. Dem Selbsthilfeübenden könnten daher auch nur die Befugnisse zustehen, die auch dem Staat offengestanden hätten, wenn er rechtzeitig hätte einschreiten können. Ein auf Unterlassung gerichteter Anspruch sei aber für den staatlichen Vollstreckungsapparat nur indirekt erzwingbar. (ZPO. § 890.) Daher sei eine direkte Erzwingung im Wege der Selbshilfe nicht zulässig. — Wenn dagegen eingewandt wird,[1]) § 229 spreche nicht von „gerichtlicher", sondern von „obrigkeitlicher" Hilfe, der Staat sei vermöge der Polizeigewalt imstande, wenigstens gewisse Unterlassungsansprüche direkt durchzusetzen, Selbsthilfe sei also insoweit zulässig, als der Staat polizeilich einzuschreiten berechtigt sei, so dürfte dabei ein schwerer methodischer Fehler vorliegen. Dabei werden in unzulässiger Weise völlig heterogene Dinge in innere Abhängigkeit gebracht, Daß die unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses ergehende polizeiliche Maßnahme auch einmal dem Schutz privater Interessen zugute kommt, ist nur eine zufällige Reflexwirkung. Die Polizei „hilft" nicht dem Inhaber eines subjektiven Rechtes, sondern dem Mitglied des Publikums, sofern die öffentliche Ruhe, Sicherheit und Ordnung bedroht sind. An das Vorliegen der Voraussetzungen polizeilichen Eingreifens, die lediglich auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts ihre Bedeutung haben, im Einzelfall besondere privatrechtliche Befugnisse zu knüpfen und sie in anderen Fällen zu versagen, erscheint nicht angängig.

Wohl aber darf folgendes entgegengehalten werden. Daß das auf Unterlassung ergangene Urteil nur indirekt vollstreckbar ist, (ZPO. § 890) beruht letzten Endes doch nur darauf, daß auch der beste staatliche Zwangsvollstreckungsapparat als irdische Einrichtung nicht allgegenwärtig sein

1) Diss. Richard S. 24/25.

kann. Es ist schlechterdings undurchführbar, neben jeden verurteilten „Unterlassungspflichtigen“ den Gerichtsvollzieher zu setzen, der Zuwiderhandlungen verhindert. Daß der Staat hier mittelbaren, psychologischen Zwang gewählt hat, beruht nur auf Gründen praktischer staatlicher Ökonomie. ZPO. § 890 kann aber doch nicht den Sinn haben, daß damit dem Verurteilten, sofern er nur die Zahlung der Ordnungsstrafe auf sich nehme, das Recht, trotz des Urteils der Unterlassungpflicht zuwider tätig zu werden, als eine Art unantastbaren Grundrechtes, an dessen Ausübung ihn niemand, weder Staat noch Privater, hindern dürfe, gewährleistet sein solle. Es heißt aus der Not, die den Staat zur Wahl indirekter Mittel veranlaßt hat, eine Tugend machen, will man dem Privaten, der den Schuldner hindern kann, der gerade um seiner Gegenwärtigkeit willen unter der pflichtwidrigen Zuwiderhandlung leidet, das Recht gewaltsamer Hinderung versagen.

Ein anderes Bedenken ist dies. Indem das Gesetz als Mittel der Selbsthilfe bestimmte Maßnahmen nennt, scheint es nur bestimmte Gruppen von Ansprüchen für selbsthilfefähig zu erklären. Ist hinsichtlich der übrigen Ansprüche Analogie oder ein argumentum e contrario geboten? — Bei der Auslegung des § 229 ist vom Zweck, nicht vom Mittel auszugehen Sein Ziel ist aber unverkennbar, daß der Gefahr der Anspruchsvereitelung schlechthin da, wo obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist, durch eigene Tätigkeit begegnet werden darf. Die im ersten Halbsatz enthaltene Aufzählung der Maßnahmen bezweckt nicht, dadurch nur bestimmte Anspruchsgruppen als selbsthilfefähig herauszuheben, sondern nur, die Mittel der Selbsthilfe als eines aggressiven Vorgehens schärfer zu begrenzen als die der Notwehr. Sie hat nur exemplikative Bedeutung und verbietet nicht, im Wege vorsichtiger Analogie auch andere Maßnahmen, wie hier die gewaltsame Hinderung des der Unterlassungspflicht Zuwiderhandelnden zuzulassen.[1])

1) Auch Denkschrift zum BGB. S. 37. Heyer Bürg. A 19 S. 62, Diss. Bruns S. 74 heben hervor, daß die Aufzählung der Mittel nicht erschöpfend sein wolle. — Für die Analogie auch v. Tuhr II, 2 § 96.

§ 9.

Die positive Obligation.

(Sekundäre Unterlassungspflicht.)

Bisher war nur von den sogen. selbständigen Unterlassungsobligationen die Rede, gleichviel ob dabei die Unterlassungspflicht für sich allein oder, was praktisch das Häufigere ist, als sogen. kombinierte Unterlassungspflicht in Verbindung mit anderen positiven Leistungen, aber doch diesen gegenüber selbständig dem Schuldner obliegt.[1])

Die Notwehr soll aber auch bei den auf ein Tun gerichteten Verbindlichkeiten ein außerordentlich wichtiges Anwendungsgebiet haben, zwar nicht in der Form einer unmittelbaren Erzwingung des geschuldeten Tuns, etwa einer Zahlung, sondern als Abwehr von Zuwiderhandlungen gegen sogen. sekundäre Unterlassungspflichten. Denn nur hier ist ein Angriff möglich. Auch bei den auf ein Tun gerichteten Ansprüchen ist ja der Schuldner zur Unterlassung von Handlungen verpflichtet, die den erstrebten Erfolg vereiteln. Notwehr soll insbesondere zum Schutz gegen die sogen. positiven Vertragsverletzungen zulässig sein.[2]) Wenn der Verkäufer sich aufmachen will, um das mir verkaufte Grundstück einem anderen aufzulassen, so soll ich gegen ihn Notwehr üben dürfen.

Zunächst ist zu beachten, daß positive Vertragsverletzung nicht nur das Zuwiderhandeln gegen eine Unterlassungspflicht, sondern auch die Unterlassung eines Tuns sein kann,[3]) hier also nach herrschender Lehre ein Angriff nicht wohl denkbar ist. Aber abgesehen davon sollte, so sehr man über die Zulässigkeit der Notwehr bei der reinen Unterlassungsobligation zweifeln mag, bei den sogen sekundären Unterlassungspflichten kein Zweifel bestehen. Über ihr Wesen herrscht bekanntlich Streit, ob man sie nämlich

1) Fischer-Henle Anm. 6 zu § 24 I.
2) Eltzbacher DJZ. X S. 240. Oertmann, Erl. 5b zu § 227.
3) Planck-Siber S. 185ff.

nur als Kehrseite der Hauptverbindlichkeit, als einen negativen Ausdruck für etwas schon in der Hauptverbindlichkeit Enthaltenes anzusehen habe,[1]) oder ob sie besondere, neben der Leistungspflicht stehende Verpflichtungen seien. Für unser Thema ist der Streit ohne Belang. Denn jedenfalls bleibt die Tatsache bestehen, daß die Unterlassungspflicht, selbst wenn man ihr eine gewisse Selbständigkeit beimißt, immer nur um der Hauptverpflichtung, der positiven Leistungspflicht, die auf einen zukünftigen Erfolg gerichtet ist, willen da ist. Das Gesetz hat aber in der Selbsthilfe ein Institut erlaubter eigenmächtiger Rechtsverwirklichung zur Sicherung von der Zukunft erwarteter Erfolge geschaffen, worauf ja insbesondere der Ausdruck „Vereitelung" deutet.[2]) — Nun sind aber gerade die Fälle, in denen sich jemand, der zu einem Tun verpflichtet ist, die Bewirkung des Erfolges durch die Vornahme anderer, die Herbeiführung des Erfolges ausschließender Handlungen unmöglich macht, Fälle typischer Anspruchsvereitelung. Deswegen kann hier nur von Selbsthilfe, nicht von Notwehr die Rede sein. Nähme man neben der primären Leistungspflicht in völliger Isolierung Ansprüche auf Unterlassung des entgegengesetzten Tuns an, die durch Zuwiderhandlungen verletzt werden, und ließe man diesen gegenüber Notwehr zu, so liefe das auf eine völlige Verwischung der Grenze von Selbsthilfe und Notwehr hinaus, bei der für die Selbsthilfe kaum etwas übrig bliebe. Eigenartig und widerspruchsvoll wäre es z. B., daß ein Dritter gegen die Vereitelung des primären Anspruches von sich aus keine Maßnahmen ergreifen dürfte, wohl aber berechtigt sein sollte, die Befolgung der sekundären Pflicht gewaltsam zu erzwingen. Ferner ist doch auch zu beachten, daß regelmäßig[3]) auch nicht auf Unterlassung des mit der Ver-

1) Enneccerus II, 1, § 228 I.

2) Jhering, Dogm. J. Bd. 10 S. 317: „Unter Vereitelung versteht unsere Sprache die Bewirkung des Nichteintritts von der Zukunft erwarteter günstiger Ereignisse."

3) Ausnahme im BGB. § 550. Die Meinung Eltzbachers (Unter-

pflichtung zum Tun Unvereinbaren geklagt werden kann, also staatliche Hilfe zur Erzwingung der Befolgung dieser Unterlassungspflicht garnicht möglich ist. Schließlich würde mit der Zulassung der Notwehr das vom BGB. bewußt abgelehnte ius ad rem praktisch in kaum zu rechtfertigendem Umfange wiederkehren.

§ 10.

Relative Selbstverwirklichungsrechte.

Das bisher Gesagte mag zu der Annahme verleiten, Notwehr sei allein zum Schutz des absoluten Rechts als eines befriedeten Herrschaftszustandes zulässig, nicht aber im Gebiet des Obligationenrechts, wo es sich stets um die Erreichung von der Zukunft erwarteter Erfolge handele. Aber die übliche, oben (S. 29) wiedergegebene Charakterisierung des Unterschiedes von Sachenrecht und Schuldrecht, nach der dem Sachenrecht das Moment der Ruhe eigen ist, indem es die Verteilung der Herrschaftssphären auf die einzelnen Rechtssubjekte übernimmt, dem Schuldrecht dagegen die Beweglichkeit, indem es nur dem Güterverkehr, der Vermögensverschiebung diene, ist doch nicht erschöpfend. Es gibt ein eigenartiges Zwischengebiet zwischen dem auf Selbstverwirklichung gerichteten Sachenrecht und dem auf Fremdverwirklichung gerichteten Forderungsrecht, bei dem das Schuldrecht über die ihm gewöhnlich zugeteilte Rolle „das Forderungsrecht ist nicht Zweck, sondern Mittel des Vermögensverkehrs“ [1]) hinausgeht. Man nehme z. B. die in unserem Recht schuldrechtlich konstruierte Miete. Das Recht auf fremdes Handeln dient hier nur der Vorbereitung und Ermöglichung eigenen Handelndürfens. Daß der Vermieter

---

lassungsklage S. 98/99), der in analoger Anwendung dieser Bestimmung eine allgemeine Unterlassungsklage zum Schutz der Forderungsrechte für zulässig hält, wird von der herrschenden Meinung mit Recht abgelehnt. Vgl. RGZ. Bd. 72, S. 394.

1) Sohm, Kultur der Gegenwart, II, VIII S. 99.

dem Mieter die Sache in einem zum vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Zustand zu übergeben und zu erhalten hat, ist nur das unselbständige Mittel zur Erreichung des eigentlichen Zweckes, daß der Mieter die Sache für sich gebrauchen darf, trotzdem er nicht Eigentümer ist. Die „Gebrauchsgewährung", von der unser Gesetz spricht, hat mehr einen negativen Sinn: der Vermieter hat dafür einzustehen, daß weder er selbst noch Dritte den Mieter am Gebrauche hindern. Hier, wo das Schuldverhältnis in einer gegenständlichen Sachherrschaft auffritt, ist auch Raum für die Notwehr.

Gewiß, selbstverständlich bleibt auch bei der Annahme des eben erwähnten Zwischengebietes, zu der man eben weniger von einer rein begrifflichen als soziologischen, funktionellen Betrachtungsweise der Rechtserscheinungen gelangt, die rein begriffliche Scheidung zwischen Obligationen- und Sachenrecht bestehen. Daher könnte eine analysierende Betrachtungsweise sagen: was hier den Mieter zur Notwehr berechtige, sei nicht seine Gläubiger-, sondern seine Besitzereigenschaft. Der Besitz berechtige zur Notwehr auch ohne die Gläubigereigenschaft, nicht aber die Gläubigereigenschaft ohne den Besitz. Der Besitzer sei eben zur Verteidigung befugt „ohne Rücksicht darauf, ob er an der Sache dinglich oder obligatorisch berechtigt ist, oder ob ihm jedes Recht in bezug auf die Sache fehlt." [1]) Daß die Notwehrhandlung in diesem Falle gleichzeitig auch die Ausübung des obligatorischen Rechtes schütze, sei demnach nur eine mittelbare, sekundäre Begleiterscheinung.

Solche Betrachtungsweise läßt sich logisch nicht widerlegen. Aber sie zerreißt m. E., indem sie Forderung und

---

1) v. Tuhr II, 2 § 95 I.

Besitz wie etwas zufällig Zusammengeratenes behandelt, innerlich zusammengehörige Elemente eines einheitlichen Rechtsinstituts. [1])

1) So sagt selbst v. Tuhr a. a. O. Anm. II, daß eine Forderung zur Notwehr berechtige, soweit sie durch den Besitz verstärkt sei, — von seinem Standpunkt etwas ungenau, da nach ihm ja „Objekte der Vermögensnotwehr nicht sowohl die zum Vermögen gehörigen Rechte als der Besitz sind."

Ostdeutsche Druckerei und Verlagsanstalt, Halle a. S.